

ENTRE LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

Orlando Parada Vaca*

En una de las últimas Tertulias Jurídicas que se desarrollan con el auspicio de la Revista Boliviana de Derecho, se discutió sobre la legitimidad que ofrecen las movilizaciones populares y el marco de legalidad que les exigen las leyes.

Llegados al poder con el apoyo de grupos sociales tradicionalmente marginados, principalmente campesinos e indígenas, la mayor parte de los actos gubernamentales han estado sustentados en la fuerza que representan esos grupos sociales movilizados bloqueando calles y carreteras. La legalidad pasó a segundo plano. No hace falta la ley si se cuenta con esa legitimidad, puesto que ésta sería anterior y superior a la Ley.

Con estos criterios, el Ejecutivo desarticuló al Tribunal Constitucional. Quedamos todos a merced del Gobierno, de los actos administrativos del Poder Ejecutivo. Nadie puede cuestionar la constitucionalidad de los actos gubernamentales. Si ésta era la pretensión, los resultados no fueron los esperados.

En los departamentos donde la oposición ganó las últimas elecciones, los Prefectos también se aprovecharon de esa situación y han convocado a la población de sus respectivas regiones a votar por sus Estatutos Autonómicos, como un primer paso para lograr las autonomías departamentales. Dado que no existe órgano que pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de esos actos plebiscitarios, el gobierno no pudo impedir el de Santa Cruz. **Hubo referéndum el pasado 4 de mayo.**

Nos debatimos entre la legitimidad y legalidad de los actos del Ejecutivo y los Prefectos; pero ese dilema no es más que una apariencia puesto que, entre legitimidad y legalidad, más que dicotomía excluyente, se verifica una simbiosis jurídica. El sustento y fundamento del Estado de Derecho es el sometimiento de los tres poderes del Estado a la legalidad, dado que el propio Poder Legislativo se encuentra sometido a la Constitución.

*Director de *Iuris Tantum* "Revista Boliviana de Derecho"

Recordemos que la legitimidad tiene su origen en el concepto político de soberanía. El Estado-Nación, marca el nacimiento del Estado de Derecho, la Nación sustituye al Rey como titular del Poder y de la soberanía. Así lo expresa la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC) de 1789 en su Art. 3º: *“El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”*.

La soberanía deja de estar en manos de un hombre, que es sustituido por la Nación, única titular de la soberanía. De ella emanan todos los poderes que sólo podrán ser ejercidos por delegación, a través de los representantes que conforman el cuerpo legislativo (Art. 2º Constitución Francesa de 1791 y Art. 2º CPE)).

Así, los miembros del Poder Legislativo se constituyeron en depositarios de la soberanía, por delegación. Son ellos los representantes del pueblo y como tales son los titulares del poder, pero ese poder del pueblo sólo podrá ser ejercido a través de la Ley. *“La relación entre el poder que los ciudadanos crean por el pacto social y estos mismos ciudadanos, que han de soportar el ejercicio de ese poder, ha de realizarse precisamente a través de la Ley, que es la expresión de la voluntad general,..”* (García de Enterría, E. *La lengua de los derechos*, Editorial Alianza, Madrid, 2001, p. 109). La ley, producto de la voluntad general del pueblo expresada a través de sus representantes, es también condición imprescindible para legitimar el ejercicio de la autoridad pública.

¿Pero qué es, finalmente, la Ley? Pregunta Rousseau en el Contrato Social (Libro II, Capítulo VI). La respuesta la resume Enterría (p. 117): *“La Ley es la decisión del pueblo entero, decidiendo sobre el pueblo entero, por medio de normas generales y comunes”*. *“La Ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto, ahí está su milagroso mecanismo. Fruto de la voluntad general, se resuelve en mandatos necesariamente generales”*.

Si las leyes se establecen por la voluntad general a través de preceptos igualmente generales, resultará una sociedad en la que reine la libertad de cada uno de sus miembros, sin otro límite que el respeto a la libertad igual de los demás. Esos límites sólo pueden estar fijados en la ley. El Art. 32 CPE se origina, precisamente, en el Art. 4º DDHC de 1789: *“Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni privarse de lo que ellas no prohíban”*. El ciudadano está sometido, solamente, a los mandatos de la ley.

La relación política del ciudadano con el poder ha dejado de ser una relación de sujeción o subordinación personal para convertirse en una relación jurídica de obediencia y sometimiento, únicamente, al poder de la ley. De esta manera, todo el poder público resulta estrictamente legalizado. Se trata de la legalización general del ejercicio del poder. De ahí que, la relación entre legitimidad y legalidad, más que dicotómica resulta siendo dialéctica.

El ejercicio de la soberanía como voluntad general provoca legitimación de las normas, abstractas y generales, que dictan los representantes del pueblo. La legalidad, por su parte, es el sometimiento al poder de la ley. Sólo es legítima la autoridad que emana de la ley, porque la legitimidad emana del Derecho y éste sólo puede tener vigencia y aplicación, si ha cumplido con las exigencias de legitimidad. Desde otra perspectiva, la legalidad se funda en la ley y ésta sólo será legítima si es fruto de la voluntad general, del ejercicio de la soberanía a través de sus representantes (Art. 4º -I CPE).

Ese tránsito del principio de soberanía desde el Rey hasta los Parlamentos implica también el surgimiento del principio de legalidad: *la Ley es la expresión de la voluntad general*. Pero, en los preludios de la Segunda Guerra Mundial comienza a gestarse el advenimiento del nuevo Estado Constitucional, que reemplazará al inicial Estado de Derecho (el gobierno de la Ley) y al Estado Social y Democrático de Derecho (la Ley con énfasis en los derechos sociales y políticos). Es el tránsito desde el principio de legalidad hacia el principio de constitucionalidad. Surge la Constitución como norma jurídica y, como la verdadera depositaria de la soberanía popular.

La soberanía reside en el pueblo y se expresa directamente a través del Poder Constituyente y, jurídicamente, se objetiva en la Constitución. La soberanía, entonces, reside en la práctica y respeto a la Constitución, al que están sometidos todos los órganos del Estado. El principio de constitucionalidad se encuentra frente al principio de legalidad. La Constitución, en cuanto expresión de la voluntad popular a través del poder constituyente, sintetiza la legitimidad. Los poderes públicos constituidos en base a las normas fijadas por el constituyente –incluido el poder legislativo encargado de elaborar las leyes respetando los valores, principios y derechos de la Constitución–, expresan el principio de legalidad (Talavera Fernández, Pedro, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Revista Boliviana de Derecho y Editorial El País, Santa Cruz, 2008, Capítulo I)

La legitimidad, en cuanto justificación del ejercicio del poder, se constituye en la razón por la cual debemos obedecer y respetar la legalidad, y sólo tiene

sentido pleno en el proceso constituyente, dado que la Constitución adquiere validez y legitimidad por el acto supremo de la voluntad general expresado a través de sus representantes elegidos para cumplir la misión de redactarla y aprobarla.

En el actual Estado Constitucional de Derecho no cabe apelar a la legitimidad para romper con el principio de legalidad o para vulnerar la propia Constitución, fuera de los cauces por ella establecidos para reformarla o para elaborar y aprobar un nuevo texto constitucional, pues ello implicaría quebrantar los principios en que se asienta el Estado de Derecho (legalidad y constitucionalidad) que podría generar una situación de fuerza que, paradójicamente, sería ilegítima.

Sin embargo, puede tener sentido apelar a la legitimidad cuando la legalidad no respeta ese conjunto de derechos, valores y principios constitucionales, convirtiendo el poder político en autoritario dado que no funciona el Tribunal Constitucional, órgano encargado del control constitucional de las leyes. En su sentido último, apelar a este tipo de legitimidad conlleva el peligroso germen de un proceso pre-revolucionario (cuestionar el ejercicio del poder). La cuestión se hace más grave cuando estos órganos se encuentran en acefalía y sin posibilidades de funcionar por falta del quórum necesario.

Nadie podría haber convocado a un referéndum al margen de la Constitución. Pero quién debió determinar su ilegalidad era el Tribunal Constitucional. Dado que éste no funciona, se creó una situación de facto paradójica: se ha recurrido a la legitimidad de los votos (la decisión del pueblo) pero con un mecanismo que vulnera la legalidad (por tanto ilegítimo). Con ello, se podría estar generando un nuevo pacto constitucional (una nueva legitimidad que deberá tener un reflejo en la nueva Constitución) pero se hace por una vía de facto (de fuerza) y no por una vía legal (aprobación del nuevo texto Constitucional).

Se trata, pues, de una guerra de legitimidades. Obviamente, el fundamento último de la legitimidad es la fuerza (la del consenso, la del voto o la de las armas). El que consiga imponerse por uno de ambos procedimientos, habrá generado un nuevo pacto y una nueva legitimidad, que de ser aceptada por la mayoría, dará lugar, bien a un nuevo modelo de Estado (federal o confederal), o en caso contrario, consolidará la estructura del actual modelo centralista, reforzando la antigua legitimidad.